

■2021年度S日程一般入試法律科目試験 「刑法」問題の出題趣旨・解説

【出題趣旨】

主として、性的意図がない場合の強制わいせつ罪の成否、強制わいせつの被害者に対し、緊縛状態を継続した中で財物を奪った行為の評価、毀棄目的での財物取得、犯人自身が自己的刑事事件に関する証拠隠滅を他者に依頼した場合の刑法上の評価など、刑法各論の重要論点を幅広く問うものである。

【解説】

XのY宅への侵入は、一応Yの了解を得て訪問している点で、まず住居侵入罪の成否が問題となりうる。その後、XはYを緊縛してその裸体を撮影しているが、問題文の事実関係からするとXは復讐目的で行為しており、性的意図を認め難いことから、強制わいせつ罪が成立しうるかが問題となる。この点、最大判平成29年11月29日（刑集71巻9号467頁）は、従来の性的意図を要するとした判例を変更し、176条の「わいせつな行為」に当たるか否かの判断を行うための個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合もあり得るもの、「故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でない」と判示し、注目された。したがって、この裁判例を踏まえて解答することが求められる設問であるが、意外にも「性的意図がないため強制わいせつ罪が成立しない」と簡単に結論づけている解答が多数見られた。また、Yの服のポケットにあった財布の中の現金抜取り行為については、新たな暴行・脅迫はないことから窃盗としている解答も多かったが、「被害者が緊縛された状態にあり、実質的には暴行・脅迫が継続していると認められる場合には、新たな暴行・脅迫がなくとも、これに乗じて財物を取得すれば、強盗罪が成立すると解すべき」とした事案（東京高判平成20年3月19日高刑集61巻1号1頁）があることに留意すべきである。他方、スマートフォンについては、元々毀棄目的で取得しているので、不法領得の意思がないとして器物損壊罪の成否が問題となりうる。

その後、XがZに依頼しスマートフォンを捨てるように依頼した行為につき、Zにとっては証拠隠滅罪が成立しうるが、X自身にとっては、自己の刑事事件に関する証拠隠滅行為を意味し、X自身は同罪の行為主体とはならないために、共犯とするか否かが問題となるが、判例は教唆犯としての処罰は肯定していることから、これに倣っている答案が多かつた。また、Zは実行行為を行っている以上、正犯とするのが自然であるが、それ以外の関与形式とするものも見られ、正犯・共犯の理解が不十分ではないかと思われる解答が散見された。

以上